

# Zika, aborto e autonomia da mulher

**Michael Freitas Mohallem** | Professor da FGV Direito Rio

**Marianna Borges Soares** | Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio

**A** tragédia brasileira de centenas de casos de microcefalia causados pelo vírus Zika transformou a vida de mães, criou pânico global e definiu novas linhas de pesquisa científica. Temos, agora, a oportunidade de transformar a dor de famílias e a mobilização política sem precedentes em inovação jurídica.

A legislação brasileira e a interpretação constitucional têm se modernizado aceleradamente nos anos recentes, e as fontes que levam à superação de paradigmas não são sempre nacionais. Quando o Supremo Tribunal Federal superou a literalidade da lei para reconhecer casamentos entre pessoas do mesmo sexo, quando deu interpretação ampla ao direito de defender a legalização de conduta hoje criminalizada ou quando reconheceu a falência do sistema prisional brasileiro, em todos esses casos o fez inserindo o Brasil no contexto de nações civilizadas. Ao olhar na direção de onde queremos chegar, fomos capazes de romper com os velhos dogmas que nos impediam de avançar.

Pois é o momento de que mulheres sejam protegidas pelo Direito ao decidir sobre seus corpos, suas convicções e sua saúde. O Direito Internacional e experiências de países referências para o Brasil têm muito a contribuir com o debate nacional.

## A evolução da proteção constitucional

O Código Criminal de 1830, primeiro código penal brasileiro, previa o aborto como fato típico praticado pela mulher ou por terceiro, sem admitir as exceções que são reconhecidas hoje pelo Código Penal de 1940: nos casos de gravidez resultante de estupro ou quando não há outro meio de salvar a



Michael Freitas Mohallem



Marianna Borges Soares

Fotos: Divulgação/FGV

vida da gestante. Esse rol foi ampliado pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, na ADPF 54, quando a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos passou a ser considerada fato atípico, de modo que não pode mais ser reprimida pelo sistema penal, e portanto, deve ser aceita pela sociedade.

Para além do aborto necessário e do aborto humanitário (art. 128, I e II do CP, respectivamente), o direito ao aborto de fetos anencéfalos foi garantido pelo STF com base no argumento de que o diagnóstico da anencefalia, que indica a impossibilidade de vida extrauterina do feto, causa grave dano psíquico à gestante, fazendo com que a experiência da gestação seja considerada como tortura. Dessa forma, reconheceu o STF, na ADPF 54, que o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo fere a dignidade da mulher, bem como sua privacidade e sua saúde.

## A epidemia de Zika e a oportunidade de evolução jurisprudencial

A crise de saúde pública causada pela epidemia do vírus Zika se tornou prioridade internacional quando associada a casos de má formação da cabeça e do cérebro. Embora ainda não sejam precisos os estudos, sabe-se com segurança que a microcefalia tem consequências profundas no desenvolvimento de bebês e pode causar deficiências mentais severas, limitações na fala, audição e movimentos e, em casos extremos, morte.

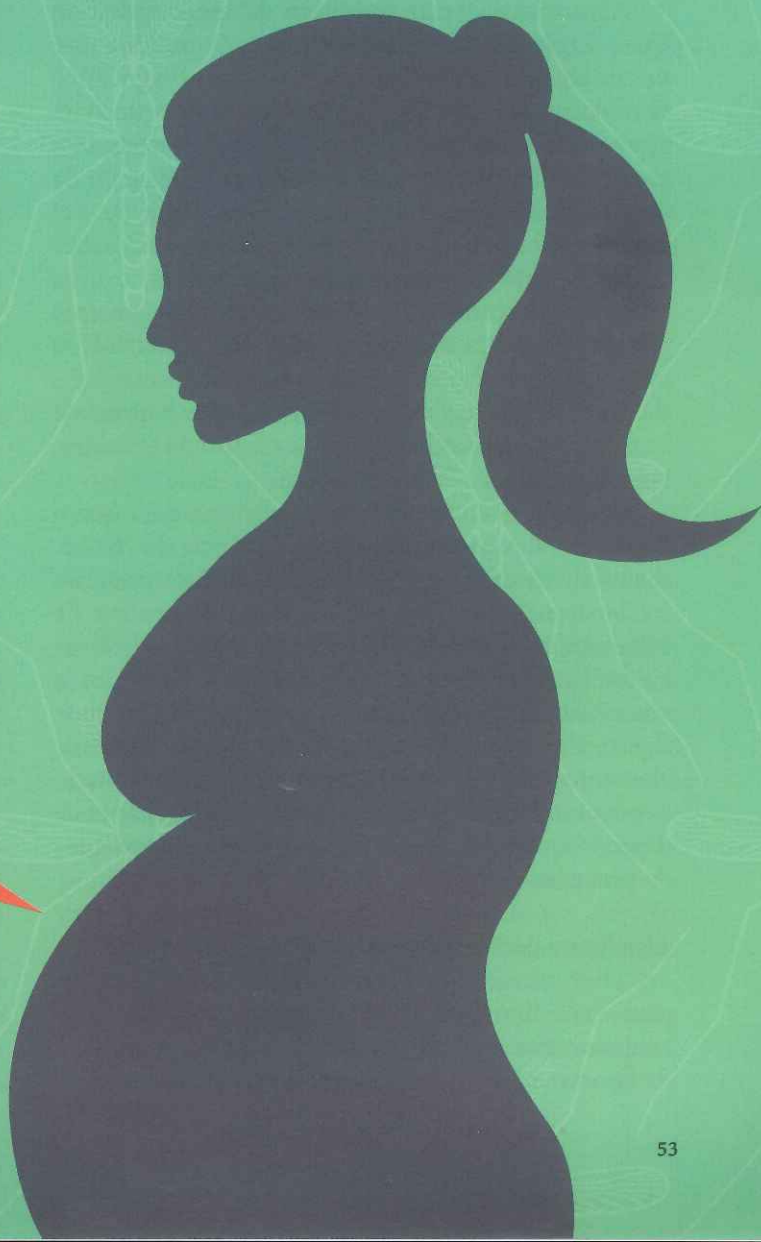
A partir dessa associação, emergiu o debate sobre a prática do aborto em casos de mulheres infectadas pelo vírus, pois notou-se que muitas mulheres com diagnóstico de infecção estão recorrendo a abortos clandestinos, mesmo sem a confirmação de que o feto seja portador de microcefalia. Perceba-se que não são mulheres que decidiram descontinuar gravidez



Zika Vírus



Microcefalia



indesejada. São mulheres que desejavam seguir com a gravidez até o final, mas decidiram proteger-se da mesma dor, indignidade e risco de sequelas psíquicas que justificam a interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

Se por um lado, no contexto da anencefalia, há certeza da morte; no caso da infecção por Zika o risco de morte existe, embora não seja 100% certo. Mas a possibilidade de que uma gestação termine em morte parece ser razão suficiente para que a lei não obrigue mulher alguma a seguir na apreensiva trajetória de nove meses de angústia. Parece prudente que a decisão proferida pelo STF em 2012 tenha sua interpretação ampliada a casos de mulheres grávidas portadoras de Zika. Apesar da incerteza sobre a morte do bebê portador de microcefalia, a lógica da proteção à mulher permanece: forçar uma mãe a manter uma gestação em que ela sabe que seu bebê muito provavelmente nascerá com deficiência grave, tendo risco de morrer, é forma de tortura tanto psicológica quanto física.

Algumas vozes razoáveis nesse debate propuseram que o precedente do Supremo só poderia ser estendido aos casos em que houvesse diagnóstico final de microcefalia. Porém, o diagnóstico da microcefalia num bebê cuja mãe esteja infectada é muito tardio, por volta da 28ª semana, diferente da anencefalia, que é diagnosticada por volta da 12ª semana. Obrigar a mãe a gestar o bebê, sem saber se ele de fato sobreviverá, por sete meses, é uma violência descabida. Também seria irresponsável aguardar a etapa em que o feto já se desenvolveu razoavelmente para só então permitir interrupção da gravidez. As legislações que permitem o aborto o limitam o direito a determinado estágio da gravidez, em geral entre a 12ª e 18ª semanas.

Dessa forma, o momento é oportuno para que o Supremo dê nova leitura à jurisprudência de 2012 e, diante do risco de morte do bebê, dê interpretação à Constituição que proteja a escolha da mulher de interromper a gravidez de forma segura e sob os cuidados do Estado quando diagnosticada com o vírus Zika. Embora esse seja o caminho juridicamente seguro e relativamente conservador ao STF, há outros elementos que permitem chegar ao mesmo resultado -- possibilidade de interrupção da gravidez diante de diagnóstico de Zika -- por argumentos independentes do precedente citado.

### **Aborto e seletividade econômica**

“O aborto já é livre no Brasil. É só ter dinheiro para fazer em condições até razoáveis”, declarou recentemente o médico Drauzio Varella. A decisão de abortar não tem viés econômico. Mulheres ricas

e pobres, por razões diversas, optam pelo caminho sempre difícil do aborto. Por vezes, além de difícil, é arriscado. Para quem pode pagar entre R\$ 5.000 e R\$ 15.000, ameniza-se o risco, mas ficam outras dificuldades como o estigma da ilegalidade.

Dessa forma, mulheres pobres, especialmente as negras, mais vulneráveis, e as nordestinas, que apresentam maior número de casos de bebês microcefálos, são duplamente reprimidas: primeiramente por ter sua liberdade de decidir cerceada, em segundo, por ter de se submeter a um procedimento clandestino inseguro, sem poder recorrer a qualquer assistência em caso de insucesso. A realidade brasileira, portanto, possibilita o desenvolvimento de uma lucrativa rede de clínicas privadas, não submetidas ao controle do Ministério da Saúde, e consolida a seletividade econômica da possibilidade de abortar.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, um milhão de abortos clandestinos são feitos por ano no Brasil e matam uma mulher a cada dois dias. No SUS, mais de 200 mil são internadas com complicações pós-aborto. A violência perpetrada contra a mulher nesse caso é institucionalizada, obrigando-a a levar adiante uma gravidez indesejada e problemática, ocasionando danos graves à saúde psíquica e física da mulher, que tem que recorrer a abortos clandestinos e inseguros. O planejamento familiar e os direitos sobre o próprio corpo pertencem à mulher, não devendo o Estado invadir camada tão íntima da sua vida privada.

### **Os tratados de Direitos Humanos e a adequação legislativa no Brasil**

Além do elemento econômico, não se pode fechar os olhos para os tratados internacionais de Direitos Humanos e para o sistema internacional criado para dar corpo e interpretação válida às normas internacionais que decidimos democraticamente seguir. Antes mesmo de se saber que o Zika vírus causa microcefalia, a Organização das Nações Unidas já recomendava que o aborto fosse legalizado em cinco diferentes situações: a) em casos de estupro; b) incesto; c) risco à saúde física e d) mental da mãe e também em casos de e) bebês portadores de deficiências consideradas graves. O Brasil, mesmo sendo signatário dos principais tratados internacionais, nos quais protegem-se a saúde e a mulher, não conseguiu ainda sincronizar sua legislação ao padrão internacionalmente esperado.

Diversas jurisdições nas quais nos espelhamos para o desenvolvimento das ideias e do Direito não criminalizam o aborto, deixando a escolha para quem é especialmente afetada pela decisão -- a mulher. Estados Unidos, Canadá, Itália, Alemanha, França,



“O controle das populações de mosquitos transmissores do vírus Zika faz parte da agenda básica de saúde pública do Brasil. O Estado é o responsável pela baixa efetividade do combate à epidemia, e de fato o reconhece quando o Ministro da Saúde afirma que ‘estamos perdendo a guerra contra o Aedes’.”

Portugal, Espanha, Uruguai e outras, sobretudo na Europa, cuja experiência deveria servir como exemplo. Muitos desses países, inclusive, admitem o aborto num prazo mais extenso do que a norma geral quando se trata de risco de má formação do feto. Após a legalização do aborto no Uruguai, por exemplo, o número de mulheres mortas em decorrência de abortos alinhou-se a zero praticamente, e a desistência de abortos subiu para 30%. Ressalte-se que não se trata de um incentivo à prática ou um estímulo à eugenia: a decisão de abortar está na esfera subjetiva e moral de cada mulher. Ela recorre ao aborto de forma independente da sua proibição. A única diferença é que as mães abastadas sobrevivem para planejar um filho no futuro – se desejarem – enquanto as outras recorrem a um procedimento inseguro.

Uma interessante experiência internacional poderia inspirar o Brasil: em meados do século XX, entre as décadas de 1940 a 1960, detectou-se uma epidemia de rubéola na Europa, atingindo principalmente a França e o Reino Unido. Descobriu-se que gestantes infectadas no primeiro trimestre de gravidez correriam alto risco em ter um bebê deficiente, portador de cegueira, surdez e mesmo a combinação dos dois, além da própria microcefalia. As mulheres, naquela época, da mesma forma que hoje, buscavam o aborto, na época ilegal, antes mesmo da confirmação dos sintomas. A partir desse cenário, foi impulsionado o debate da legalização do aborto

no Reino Unido, formalizado em 1967, durante as primeiras 24 semanas de gestação. Percebeu-se que promover o aborto legal significaria diminuir o ônus do sistema de saúde do Estado, uma vez que os remédios e o custo de uma internação dispendidos com mulheres que tentaram um aborto inseguro são muito mais caros do que os procedimentos legalizados. Ademais, o aborto feito às pressas, por ser ilegal, não se submete a critérios e cuidados médicos necessários.

Recentemente, o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos defendeu que essa conjuntura representa uma oportunidade para os países reverem legislações relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos, garantindo métodos emergenciais de contracepção, como o aborto legal. Especificamente para o Brasil, a ONU recomenda que o aborto seja descriminalizado. Não reconhecer esse direito às mulheres é fechar os olhos ao enorme déficit em políticas públicas de saúde que promovam o acesso à informação da população, bem como de assistência ao planejamento familiar. Para corroborar esse entendimento, o Comitê de Direitos Humanos da ONU tomou uma decisão histórica em fevereiro deste ano, ao condenar, pela primeira vez, um Estado por não permitir o aborto. Uma mulher peruana que foi impedida de realizar um aborto em 2001, após constatar má formação no feto, deverá ser indenizada pelo Estado peruano. Em linhas práticas, essa decisão coloca o aborto em contextos de feto com má formação como um direito humano.

Por fim, não se pode penalizar a mulher por omissões que não são suas. O controle das populações de mosquitos transmissores do vírus Zika faz parte da agenda básica de saúde pública do Brasil. O Estado é o responsável pela baixa efetividade do combate à epidemia, e de fato o reconhece quando o Ministro da Saúde afirma que “estamos perdendo a guerra contra o Aedes”. Assim, sob a mais rudimentar leitura da proteção individual oferecida pela Constituição, mulheres não podem arcar com o ônus da ineficiência do Estado. Na impossibilidade de garantir direito à saúde e de viver em cidades minimamente protegidas de epidemias, o Estado deve assegurar o direito de escolha de mulheres que contraíram a doença viral fruto da omissão estatal.

Se a ínfima presença feminina e a força desproporcional do pensamento teocrático inviabilizam esse debate no Congresso Nacional, nossa atenção se volta ao STF. Com muita esperança aguardamos a sensibilidade da ministra Cármen Lúcia, presidente desse Tribunal a partir de setembro de 2016, para fazer da autonomia da mulher no Direito brasileiro a marca de sua gestão.

